

LE FUTUR PASSÉ
DE LA SÉPARATION DES POUVOIRS

Depuis trois siècles, la séparation des pouvoirs joue un rôle important dans notre imaginaire politique et juridique. À vrai dire, personne ne s'est jamais fait trop d'illusions sur sa réalité: il s'agit bien d'une doctrine, non d'un fait ou d'une théorie scientifique. Après avoir analysé la formulation de la doctrine de la part de Montesquieu, l'intervention parlera du futur passé (all. *Vergangene Zukunft*, à la Reinhart Koselleck) de la séparation des pouvoirs. Son passé, traité dans un deuxième temps, paraîtra souvent semblable à son futur: comme si le temps historique de la séparation des pouvoirs n'était qu'un court intervalle entre un passé et un futur qui la négligent.

5

LES SÉPARATIONS DES POUVOIRS

La doctrine exposée dans *De l'esprit des lois*¹ (XI, VI) se compose de trois thèses, chacune appelée ensuite séparation des pouvoirs bien que la dénomination ne convienne qu'à la troisième. La première, ici appelée distinction des pouvoirs, est une définition-classification des fonctions constitutionnelles: légiférer, exécuter, juger. Les deuxième et troisième thèses, ici appelées balance des pouvoirs et séparation des pouvoirs au sens strict, sont des règles techniques concernant la meilleure distribution des fonctions parmi les organes, bien entendu si l'on a pour but de garantir la liberté politique. En fait, Montesquieu distribue les fonctions politiques (législation et exécution) d'après la règle de la balance, et la seule juridiction d'après la règle de la séparation au sens strict.

1. On a utilisé Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Paris, Garnier-Flammarion, 1979, 2 vol.

La distinction des pouvoirs

La *distinction des pouvoirs* est la définition-classification des fonctions constitutionnelles que l'on trouve au début de l'*Esprit des lois* (XI, VI) « Il y a, dans chaque État, trois sortes de pouvoirs [...] » : à quelques détails de terminologie près, législatif, exécutif et judiciaire. En utilisant « pouvoirs » au sens de fonctions, et « séparation » au sens de distinction, cette classification permet à Montesquieu, et permettra ensuite à la dogmatique du droit public française et allemande, de distinguer une fonction administrative et une judiciaire et de les subordonner à la législative. De façon inégale pourtant, on attribue à l'administration un pouvoir discrétionnaire qui sera toujours refusé à la juridiction.

- 6 Les critiques à cette classification sont connues : en théorie, il y a eu toujours plus de fonctions constitutionnelles qu'elle n'en retient, et en pratique elle est susceptible d'une application rigide, à trois organes ou groupes d'organes séparés entre eux. En réalité, la distinction en soi ne dicte aucune distribution des fonctions, ni rigide ni souple, parmi les organes constitutionnels ; la distribution, elle, ne relève que de deux règles différentes afin d'atteindre le même but : cette liberté politique qui est conçue par Montesquieu – différemment des républicains précédents et des libéraux suivants – comme sûreté de l'individu par rapport aux autres individus, soit particuliers soit gouvernants. Ces deux règles sont la balance des pouvoirs et la séparation des pouvoirs au sens strict.

La balance des pouvoirs

La *balance des pouvoirs* règle l'attribution des deux fonctions politiques, légiférer et exécuter la loi, à des organes concourant à leur exercice : ici, « pouvoirs » signifie organes, et « séparation » balance. Cette doctrine est énoncée dans l'*Esprit des lois* (XI, IV et VI), où l'on affirme, respectivement, que seul le pouvoir peut arrêter le pouvoir, et que les fonctions législative et exécutive doivent être attribuées à des organes ni spécialisés ni indépendants². En particulier, dans le chapitre IV, Montesquieu affirme : « C'est une expérience éternelle, que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser ; il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites [...]. Pour

2. Voir Charles Eisenmann, *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, réunis par Charles Leben, Paris, Panthéon-Assas, 2002, et Michel Troper, *La Séparation des pouvoirs et l'Histoire constitutionnelle française* [1973], Paris, LGDJ, 1980.

qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir³. »

Ensuite, dans tout le chapitre VI, Montesquieu applique l'idée de la balance des pouvoirs aux fonctions politiques; il suffira ici de souligner que dans la Constitution anglaise à l'exercice des deux fonctions concourraient, du moins dès le XVIII^e siècle, trois organes ni spécialisés ni indépendants: la Chambre des communes, la Chambre des lords et le monarque. Ce dernier commençait alors à perdre son droit de veto et surtout le contrôle des ministres, qui allaient devenir politiquement responsables devant la majorité des Communes.

Ce que Montesquieu veut obtenir en attribuant les fonctions législative et exécutive à des organes de ce type n'est pas donc une séparation, moins que jamais rigide, mais une simple balance des pouvoirs: concourant à l'exercice de leurs fonctions, législatif et exécutif sont contraints d'aller de concert. Dit d'une autre manière, la doctrine de Montesquieu est purement négative; elle ne refuse que le monopole des trois pouvoirs, et ne prône que la séparation du judiciaire: ce pouvoir que l'auteur avait exercé lui-même, quand il s'ennuyait à Bordeaux, et dont la séparation, selon lui, est le caractère distinctif des États dits modérés au XVIII^e et aujourd'hui libéraux.

7

La séparation des pouvoirs au sens strict

La *séparation des pouvoirs au sens strict* – où « pouvoirs » signifie organes, et « séparation » spécialisation des fonctions et indépendance réciproques des organes – est proposée par Montesquieu dans les célèbres passages de l'*Esprit des lois* (XI, VI) sur la puissance de juger. Tandis que le législatif et l'exécutif anglais participent exceptionnellement à la fonction judiciaire, les juges ne participent jamais aux fonctions législatives et exécutives: ils sont donc organes spécialisés et indépendants par rapport aux autres. Du reste, la puissance de juger est la seule que l'auteur voudrait voir « séparée » des autres: tandis qu'il écrit que même en Angleterre les trois pouvoirs sont « distribués et fondus ».

C'est cependant ici, où les thèses de Montesquieu sont devenues un lieu commun, qu'elles pourraient paraître plus surprenantes. Au regard du contexte anglais, en effet, l'auteur néglige la production du droit par les juges de *common law*. Même par rapport au contexte continental, au

3. Voir Bernard Manin, « Les deux libéralismes. La règle et la balance », in Christian Biet et Irène Théry (dir.), *La Famille, la Loi, l'État. De la Révolution au Code civil*, Paris, Imprimerie nationale et Centre Pompidou, 1989, p. 372-389.

demeurant, il paraît ignorer la participation des juges à la production du droit sous la forme de l'*interpretatio* du *ius commune* : négligence et ignorance qui pourraient paraître curieuses à ceux qui ne voient en Montesquieu, à la Louis Althusser, que l'héritier d'une tradition nobiliaire et anti-absolutiste qui avait toujours tenu à l'autonomie des Parlements⁴.

En réalité, si la faveur de l'auteur pour les juges ne se manifeste que dans la qualification du judiciaire comme l'un des trois pouvoirs constitutionnels, jamais il ne considère ce pouvoir au même niveau que les autres : pour lui, au contraire, il doit être un pouvoir nul dès son attribution. On ne remarque jamais suffisamment, en effet, que Montesquieu attribue le pouvoir de juger à des jurés tirés au sort dans la même classe que les particuliers soumis au jugement ; les nobles, du moins, ne devraient être jugés que par leurs pairs, d'après cette inégalité devant la loi qui était constitutive de la société d'Ancien Régime et que l'auteur se garde bien de contester. Mais surtout, lorsqu'on cite Montesquieu à propos des juges, l'on suppose qu'il parle de juges permanents, tandis qu'il évoque des jurys.

C'est bien cela qui explique les passages de l'*Esprit des lois* (XI, vi) à la fois les plus connus et les plus équivoques. « De cette façon la puissance de juger, si terrible parmi les hommes, n'étant attachée ni à un certain état ni à une certaine profession, devient, pour ainsi dire, invisible et nulle. On n'a point continuellement des juges devant les yeux ; et l'on craint la magistrature. » Ensuite, ce sont bien les jugements prononcés par des jurés qui, l'optimisme aidant, pourraient être fixes « à un tel point, qu'ils ne soient jamais qu'un texte précis de la loi ». Encore, ce sont justement les jurés qui sont présentés comme « la bouche qui prononce les paroles de la loi : des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur ». Enfin, dès la Révolution, on a demandé à des juges permanents ce que Montesquieu ne demandait qu'à des jurés.

LE PASSÉ DE LA DOCTRINE

Il y a des auteurs et des œuvres, comme le remarque Jorge Luis Borges, qui créent leurs précurseurs : c'est bien le cas de Montesquieu, et de ce texte inépuisable qu'est l'*Esprit des lois*. Ici on ne donnera que peu d'exemples, du reste assez connus, de précédents de la séparation des pouvoirs, en utilisant encore la grille de présentation des concepts de distinction, balance et séparation stricte, mais avec deux précisions. La première

4. Voir Louis Althusser, *Montesquieu. La politique et l'histoire*, Paris, PUF, 1959.

consiste à dire qu'il ne s'agit de précédents qu'à rebours, c'est-à-dire à la condition de relire des textes antérieurs à la lumière d'un ouvrage suivant. La deuxième précision, c'est que la sélection des précédents pourra être doublement anachronique : elle pourra servir à souligner les aspects du passé de la séparation des pouvoirs qui de quelque façon anticipent son futur.

La distinction des pouvoirs

S'il est facile de retrouver des tripartitions des pouvoirs avant Montesquieu, le plus important précédent qui comprenne aussi le judiciaire n'est pas plus moderne que le livre IV de la *Politique* d'Aristote, où on lit : « Dans toute constitution, il y a trois parties [...]. La première, c'est l'assemblée générale délibérant sur les affaires publiques ; la deuxième, c'est le corps des magistrats [...], la troisième, c'est le corps judiciaire⁵. » C'est bien là, du reste, que la fonction de juger est exercée par des citoyens tirés au sort, choix démocratique par excellence : à ce sujet, en effet, Montesquieu cite en note Athènes et non l'Angleterre.

D'un pouvoir judiciaire ne parlent ni le *Defensor pacis* (1324) de Marsilio de Padoue, qui distingue la fonction législative attribuée à une assemblée populaire de la fonction exécutive confiée au prince, ni, à plus forte raison, les théoriciens modernes de la souveraineté, tels que Jean Bodin ou Thomas Hobbes ; le second, au contraire, assimile explicitement les juges à des fonctionnaires du souverain dans son *Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Law of England* (posthume, 1681). Le pouvoir judiciaire n'est pas non plus thématiquement par le théoricien de cette *Glorious Revolution* (1688) qui avait pourtant connu l'alliance entre Parlement et *common lawyers* : ce John Locke toujours estimé comme le précurseur direct de Montesquieu.

Dans le *Second Treatise of Government* (1690), en effet, Locke distingue une fonction législative, confiée au *King in Parliament*, et deux fonctions confiées au monarque seul et nommées exécutive et fédérative : qui ne sont que l'exécutif de Montesquieu dans les relations respectivement internes et externes à l'État⁶. L'indépendance du pouvoir judiciaire sera bientôt consacrée par l'*Act of Settlement* (1701) ; mais John Austin, au XIX^e siècle, qualifiera les juges de délégués du monarque, à la Hobbes : tout en reconnaissant la qualité supérieure du *common law*,

5. Aristote, *La Politique*, 1297b 35-1298a.

6. John Locke, *Second Treatise on Government* (1690), Londres, JM Dent & Sons, 1924, p. 191 sq. (II, 12).

fait par les juges, par rapport au *statute law*, fait par les politiciens. Si Locke est un précurseur de Montesquieu, de toute façon, c'est moins en raison de sa distinction des pouvoirs que du rapport institué entre eux : la balance des pouvoirs.

La balance des pouvoirs

Les précédents les plus anciens sont dans le *De republica* de Cicéron et dans les *Histoires* de Polybe⁷ : où la République romaine est interprétée comme gouvernement mixte de monarchie (pour les deux consuls), d'aristocratie (pour le Sénat) et de démocratie (pour les comices)⁸. Dès alors, on reprendra cette idée d'un gouvernement mixte toutes les fois qu'on voudra louer un gouvernement pour sa modération : et ce sera notamment le cas de la monarchie constitutionnelle anglaise. 10 Montesquieu, lui, avait une autre idée de la modération : à son avis, les républiques d'Italie avaient été moins modérées que les monarchies contemporaines, justement parce que le judiciaire n'y était pas séparé des pouvoirs politiques.

Du reste, le passé de la balance des pouvoirs était bien dans cette dynamique féodale de classes, corporations, bourgs, églises, qui avait fini par se sédimenter dans la Constitution anglaise : où l'équilibre constitutionnel entre roi, Chambre des lords et Chambre des communes ne faisait que reproduire l'équilibre social entre Cour, noblesse et peuple. Pourtant le modèle anglais n'était pas simplement issu des nostalgies féodalistes de l'auteur ; il y avait là aussi le souvenir du Machiavel républicain et de son éloge du conflit, qui deviendra chez les économistes le jeu des intérêts et des passions humaines⁹.

Le penchant pour l'aristocratie, en effet, ne fut que trop facilement deviné dans l'œuvre de Montesquieu par les philosophes et les révolutionnaires ; en réalité, les plus éclairés d'entre eux n'ignoraient pas que la *balance of powers* américaine pouvait bien se passer de l'inégalité des rangs, et que la dynamique naturelle ou évolutive des *checks and balances* anglais pouvait être imitée par l'art social. « Art social » est une expression d'Emmanuel Sieyès¹⁰, qui sera pourtant l'ennemi le plus farouche de la

7. Voir, respectivement, Cicéron, *De republica*, I, 29 et 45, ainsi que Polybe, *Histoires*, VI, 10-18.

8. L'œuvre de référence, là, reste encore Maurice J. C. Vile, *Constitutionalism and Separation of Powers* (1967), Indianapolis, Liberty Fund, 1998.

9. Voir le classique Albert O. Hirschman, *Les Passions et les Intérêts* [1977], PUF, 1980.

10. Voir Pasquale Pasquino, *Sieyès et l'Invention de la constitution en France*, Paris, Odile Jacob, 1998.

balance mais aussi l'ingénieur ès constitutions le plus proche, en France, de la séparation des pouvoirs au sens strict.

*La séparation des pouvoirs,
distinction entre gubernaculum et iurisdictio*

Ici, enfin, le seul précédent que j'invoquerai – faute de compétence médiévisite et de précédents plus spécifiques – sera la distinction entre *gubernaculum* et *iurisdictio* retrouvée par Charles McIlwain dans l'œuvre de Henry de Bracton *De Legibus et consuetudinibus Angliae* (à peu près 1260)¹¹. McIlwain est le premier théoricien, entre les deux guerres mondiales, de ce *constitutionalism* qui va laisser la place au *new constitutionalism* après Auschwitz ; et c'est justement dans ce nouveau constitutionnalisme que, comme on verra dans la dernière partie, la *iurisdictio* jouera un rôle de plus en plus envahissant, au détriment de la séparation des pouvoirs au sens strict.

11

D'après Bracton-McIlwain, le monarque médiéval aurait eu deux fonctions, l'une étrangère au droit, l'autre nominalement soumise à celui-ci. La fonction étrangère au droit est justement le *gubernaculum* : fonction que l'on ne pourrait appeler exécutive parce qu'elle n'exécute ni le droit ni moins encore la loi mais, comme prérogative du roi, ne fait que pourvoir librement au salut de l'État. La fonction soumise au droit, par contre, est la *iurisdictio*, le *ius dicere* : la législation abstraite du roi ou du Parlement ainsi que la décision concrète du juge. La distinction, à vrai dire, montre surtout combien la tradition d'Ancien Régime était éloignée d'une quelconque séparation des pouvoirs. Le roi médiéval était considéré comme la source unique de toute justice : ce qui pour Montesquieu deviendra la définition même du despotisme.

Et pourtant cette même *iurisdictio* peut bien être vue comme le noyau originaire du constitutionnalisme anglo-américain. Le roi anglais, en fait, ne pourra faire autre chose que déléguer ce pouvoir aux juges ; les *common lawyers* tels qu'Edward Coke deviendront ensuite les plus puissants alliés du Parlement contre le roi : et le *common law* lui-même finira par être appelé par Jeremy Bentham *juge-made law*, droit fait par les juges. C'est là, peut-être, le véritable paradoxe du pouvoir judiciaire. Il n'a été reconnu comme pouvoir constitutionnel par Montesquieu qu'à la condition de le rendre nul, il sera organisé après la codification

11. Voir Charles McIlwain, *Constitutionalism. Ancient and Modern*, Ithaca (NY), Cornell University Press, 1947.

de manière à ne pouvoir qu'appliquer les codes napoléoniens ou la loi issue du législatif. Pourtant il a continué à participer à la production du droit, en devenant le véritable protagoniste du futur de la séparation des pouvoirs.

LE FUTUR DE LA SÉPARATION DES POUVOIRS

Les derniers trois siècles, il faut à peine le dire, ont tout changé; les derniers cinquante ans, en particulier, ont vu la métamorphose de l'État législatif (*Gesetzesstaat* en allemand), national, démocratique et légicentrique, en État constitutionnel (*Verfassungsstaat*), non seulement régi par cette source supérieure qu'est la Constitution, mais de plus en plus intégré dans les communautés européennes, internationale et globale¹². Mais surtout le futur de la séparation des pouvoirs a pris souvent la forme d'un retour au passé; en particulier, le phénomène qu'une littérature toujours croissante appelle *judicialisation*, globalisation judiciaire ou même juristocratie¹³ est assez analogue à la *iurisdictio* d'Ancien Régime pour s'autoriser à hasarder une hypothèse. Les juges ont toujours participé à la production du droit, à titre d'*interpretatio* ou de simple interprétation¹⁴; la séparation du judiciaire prônée par Montesquieu, donc, n'a été au plus qu'une exception, elle-même plus apparente que réelle.

La distinction des pouvoirs

Dès le XIX^e siècle la tendance a toujours été d'ajouter de nouveaux pouvoirs aux trois établis par Montesquieu. L'on avait à peine distingué les pouvoirs exécutif et royal que l'on a commencé à parler du pouvoir neutre du monarque constitutionnel ou de la plupart des présidents de la République. Ensuite est venu le pouvoir municipal des États fédérés, des Länder ou des régions autonomes, qui a fait parler d'une séparation verticale, entre État fédéral et ses parties, qui serait supplémentaire, voire complémentaire à la séparation traditionnelle, rebaptisée horizontale¹⁵. Et que dire de

12. Voir du moins Bruce Ackermann, «The New Separation of Powers», *Harvard Law Review*, n° 113, 2000, p. 633 sq.

13. Voir Ran Hirschl, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 2004.

14. Voir Giovanni Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna: assolutismo e codificazione del diritto*, Bologne, Il Mulino, 1976.

15. Voir déjà Carl Friedrich, *Constitutional Government and Democracy* [1937], Boston (UK), Ginn, 1949, p. 173, et aujourd'hui Giuseppe Boggetti, *La divisione dei poteri*, Milan, Giuffrè, 2001, p. 11-12.

cette constellation de pouvoirs publics et privés qui participent à la gouvernance administrative, communautaire ou internationale ?

Avec l'État constitutionnel, on a ajouté à la liste le contrôle de constitutionnalité, bien que le *judicial review* fût vieux de deux siècles aux États-Unis ; on a même essayé d'intégrer les pouvoirs étatiques dans ce réseau de pouvoirs globaux quelquefois favorables, quelquefois tout à fait contraires au but originaire de la séparation : la liberté, voire les droits individuels. Surtout, après le quatrième pouvoir, qui aurait été la presse, on a commencé à ajouter à la liste tous les pouvoirs sociaux (économiques, financiers, scientifiques, culturels, médiatiques...) qui, de quelque façon que ce soit, puissent l'emporter sur les pouvoirs politiques. Le pluralisme social devient alors l'horizon inévitable du futur de la séparation des pouvoirs, comme le particularisme des corps intermédiaires l'était de son passé.

13

La balance des pouvoirs

Il faut aussi reconnaître le changement des équilibres entre les trois pouvoirs de Montesquieu. Le Parlement, à l'exception de Westminster, a presque partout perdu la centralité que lui attribuaient les doctrines modernes de la souveraineté et de la démocratie représentative, au profit du pouvoir d'orientation politique acquis par l'exécutif, et dans l'exécutif par un leader de plus en plus médiatique¹⁶. La tâche du législatif, aujourd'hui, est moins de faire les lois, fonction pour laquelle il se révèle de plus en plus inadéquat, que d'assurer le contrôle démocratique sur les décisions des gouvernements nationaux et, dans le cadre de l'Europe, des autorités de l'Union.

Surtout, il faut encore admettre que le pouvoir judiciaire n'a jamais fini d'accroître sa prise sur la vie sociale, à l'intérieur et à l'extérieur des États. À l'intérieur, le pouvoir nul de Montesquieu, loin d'être attribué à des jurys, est revenu à des juges permanents et il a crû toujours, aussi pour répondre aux attentes de justice que les autres pouvoirs n'arrivaient pas à satisfaire : croissance devenue incontestable – même pour les juristes français – après la diffusion planétaire du contrôle de constitutionnalité des lois dès la fin de la Seconde Guerre mondiale. À l'extérieur, l'intégration des systèmes juridiques a été favorisée moins par les pouvoirs politiques, sujets à un contrôle plus étroit de la part des opinions publiques nationales, que par ce qu'on appelle parfois le dialogue

16. Voir Bernard Manin, *Le Principe du gouvernement représentatif*, Paris, Calmann-Lévy, 1995.

transversal des cours¹⁷ : bien que séparées, à plus fortes raisons si étrangères, ces dernières travaillent de plus en plus ensemble à la garantie des droits.

La séparation des pouvoirs

C'est là que la doctrine de Montesquieu a remporté sa victoire à la Pyrrhus. Depuis la Révolution et la codification, en effet, on a donné à des juges permanents cette fonction de pouvoir nul que Montesquieu attribuait à des jurés ; en France, avec le style syllogistique de rédaction des sentences imposé par le contrôle de Cassation, on a même cru avoir déraciné le véritable ennemi : l'interprétation judiciaire, sinon le cauchemar du gouvernement des juges. En réalité, même au temps et sous les formes de la séparation des pouvoirs, les juges ont continué à faire ce qu'ils ont toujours fait : participer avec le législateur à ce que les Américains appellent *legal process*, c'est-à-dire à la production du droit par plusieurs organes.

La vérité c'est que la séparation des pouvoirs serait incompatible avec le gouvernement des juges, si celui-ci avait jamais existé, mais est parfaitement compatible avec la participation des juges à la production du droit ainsi qu'à la garantie des droits. La politique et le droit, la législation et la juridiction n'entrent pas nécessairement en conflit, non plus dans le cas du contrôle de constitutionnalité, parce qu'il s'agit de fonctions différentes et complémentaires : faire les lois d'un côté, les appliquer et même les annuler, sans pouvoir se passer de les interpréter, de l'autre¹⁸. Et là la tâche du théoricien ou de l'historien n'est pas de prophétiser quelque Moyen Âge à venir où les juges puissent enfin se substituer aux politiciens, mais de comprendre que le refus de la production judiciaire du droit n'a été qu'une exception dans l'histoire.

17. Voir la tétralogie de Mireille Delmas-Marty, *Les Forces imaginantes du droit*, Paris, Seuil, 2004-2011 ; Julie Allard et Antoine Garapon, *Les Juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, Paris, Seuil, 2005.

18. Je me permets ici de renvoyer à Mauro Barberis, « Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione », *Analisi e diritto*, 2004, p. 1 *sq.*, ainsi qu'à « Séparation des pouvoirs », in Dominique Chagnollaud et Michel Troper (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, t. I, *Théorie de la Constitution*, Paris, Dalloz, 2012, p. 705 *sq.*

R É S U M É

L'étiquette « séparation des pouvoirs », appliquée à la doctrine de Montesquieu, signifie trois choses : une distinction des fonctions constitutionnelles et deux règles différentes – balance et séparation des pouvoirs au sens strict – pour les distribuer entre les organes constitutionnels. En adoptant cette grille analytique, l'intervention constate que seul le judiciaire, d'après Montesquieu, devait être séparé des autres pouvoirs : mais en l'attribuant à des jurés et non à des juges permanents. De plus le travail montre que le temps historique de la séparation des pouvoirs – l'époque de l'État législatif, en tant qu'opposé à l'État constitutionnel – est suspendu entre un passé et un futur où, non seulement législatif et exécutif se sont toujours balancés entre eux, mais où les juges ont toujours participé à la production du droit.